

# VU Research Portal

**Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten - en waarom dat erg is**  
Smeehuijzen, J.L.

***published in***

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie  
2013

***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Smeehuijzen, J. L. (2013). Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten - en waarom dat erg is. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 2013, 741-751.

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Hoe het verjaringsrecht door de klachtplicht wordt opgegeten – en waarom dat erg is



Prof. mr. J.L. Smeehuijzen\*

## 1. Inleiding

De standaard verjaringstermijn is vijf jaar (3:307 tot en met 3:311 BW). De lengte van de klachttermijn (art. 6:89 BW) is niet vast, maar bedraagt veelal enkele maanden tot zelden meer dan drie jaar. De klachttermijn is dus veel korter dan de verjaringsstermijn. Als de klachttermijn van toepassing is op dezelfde gevallen als de verjaringstermijn, 'wint' daarom de klachttermijn; het recht is al lang vervallen voordat verjaring aan de orde is.

Er was na invoering van het nieuwe BW een tijd waarin de klachtplicht van art. 6:89 BW als vanzelfsprekend gereserveerd leek voor de 'pekingeenden-gevallen'. In het pekingeendenarrest<sup>1</sup> mocht de afnemer van een partij eenden kortingen toepassen als "vuile, kale en niet nuchtere eenden" werden geleverd. De afnemer paste die korting inderdaad toe, maar pas na de eenden verwerkt te hebben, zodat zijn bewering dat de eenden niet voldeden voor de leverancier niet meer te betwisten was. De afnemer had naar het oordeel van de Hoge Raad door te klagen nadat de eenden waren teniet gegaan, de positie van zijn wederpartij zozeer bezwaard dat hij zijn recht verloor. De pekingeendencasus is sprekend, in die zin dat er een heel duidelijk moment was waarop de afnemer had moeten klagen – namelijk voor het moment waarop hij de eenden verwerkte. Dat de debiteur 'zijn momentum mist' is dragend voor het rechtsverwerkingsoordeel, veel meer dan het tijdsverloop als zodanig.

De laatste jaren heeft de klachtplicht van art. 6:89 BW een veel breder toepassingsgebied gekregen. Art. 6:89 BW wordt inmiddels ook toegepast op gevallen waarin dat pekingeendenmomentum er helemaal niet is. De Hoge Raad heeft onlangs overwogen<sup>2</sup> dat art. 6:89 BW op "alle verbintenissen" van toepassing is. Als voorbeeld kan dienen toepassing van de klachtplicht in beleggingsadviesrelaties. De geadviseerde moet op enig moment klagen over de schending van zijn verplichting door de adviseur. In die beleggingsadviesrelaties komen we dus voortaan aan de verjaring niet meer toe, omdat de termijn waarbinnen de geadviseerde op grond van 6:89 BW moet klagen, vrijwel steeds ruim binnen de vijf jaar zal liggen.

De implicaties van deze ontwikkeling zijn verstrekkend en nog onvoldoende onder ogen gezien. Een groot deel van de verjaringsbepalingen uit het BW ziet op overeenkomsten. Art. 3:310 BW regelt de vordering tot schadevergoeding uit overeenkomst; 3:311 regelt de verjaring van de vorderingen tot ontbinding en tot herstel; art. 3:52 BW regelt de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging op grond van dwaling en bedrog. Deze bepalingen verliezen de facto grotendeels hun effect onder invloed van de oprukkende klachtplicht, omdat schending van de klachtplicht het verlies van al deze remedies tot gevolg heeft. Nemen wij de verjaringsrechtspraak van de afgelopen 15 jaar, dan moet in retrospect door verreweg het grootste deel van de uitspraken een kruis worden gezet, in die zin dat het ging om zaken waarin schadevergoeding wegens schending van een contractuele verplichting aan de orde was, zodat, wanneer de aangesproken partij zich op de klachtplicht had beroepen, de verjaring er niet meer aan te pas was gekomen.

In de rechtspraak heeft zich het voorgaande nog niet in volle omvang gemanifesteerd. De steen des aanstoots zal waarschijnlijk blijken te zijn de vordering tot schadevergoeding in het kader van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Het standaardarrest over verjaring, het Saelman-arrest uit 2003<sup>3</sup>, betrof een vordering tot schadevergoeding wegens een medische fout. Dat de vordering tot schadevergoeding wegens een medische fout door art. 3:310 BW en niet door art. 6:89 BW wordt beheerst, wordt in de praktijk vooralsnog als zo vanzelfsprekend beschouwd dat een beroep op de klachtplicht eenvoudig nog niet wordt gedaan. Maar er komt een dag waarop een aangesproken arts dat wel doet. Dan zal het in het licht van de recente rechtspraak van de Hoge Raad lastig blijken te zijn de klachtplicht buiten toepassing te laten. En als

\* Hoogleraar privaatrecht aan de VU.  
(jlsmeehuijzen@vu.nl)  
Deze bijdrage is gebaseerd op een lezing die de auteur hield voor de Offerhauskring.

1. HR 5 april 1968, NJ 1968, 251 m.nt. GJS.  
2. Zie HR 8 februari 2013, LjN: BX7195.  
3. HR 31 oktober 2003, LjN: AL8168.

toepassing in deze verhouding inderdaad plaatsvindt en dus ook hier het verjaringsrecht zijn betekenis verliest, rijst in volle omvang de vraag of het nu eigenlijk wel zo verstandig was het contractenrechtelijke verjaringsrecht door de klachtplicht te laten opeten.

Over die kwestie gaat dit artikel. Het zal voor de beantwoording noodzakelijk zijn na te gaan of de wetgever de huidige ontwikkeling gewenst heeft, er wordt ingegaan op de ratio's van het verjaringsrecht en de klachtplicht en er zullen empirische vragen aan de orde komen.

## 2. Hoe de klachtplicht het verjaringsrecht verdringt

### 2.1. *De gevolgen van verjaring en verval van recht komen de facto vrijwel overeen*

Het is ter vergelijking van de twee instituten eerst van belang vast te stellen wat het gevolg is van schending van de klachtplicht enerzijds en het verjaren van de vordering anderzijds.

Technisch gesproken is het zo dat verjaring zwakke werking heeft, zodat slechts de rechtsvordering teniet gaat en niet het materiële recht. Schending van de klachtplicht heeft verval van recht tot gevolg en verval van recht heeft sterke werking. Formeel is er dus een verschil. Materieel is dat verschil sterk te relativeren. Het resultaat is in de overgrote meerderheid van de gevallen hetzelfde: de crediteur is zijn remedie kwijt.

Een relevante vraag is nog in hoeverre partijen zich op de verjaring respectievelijk de klachtplicht moeten beroepen. Verjaring is een verweermiddel dat door de debiteur moet worden ingeroepen; de rechter mag de verjaring niet ambtshalve toepassen (art. 3:322 BW). Men zou kunnen denken dat het met de klachtplicht anders gesteld is, omdat het gaat om een vervaltermijn en de heersende leer zegt dat vervaltermijnen ambtshalve moeten worden toegepast. De Hoge Raad heeft evenwel geoordeeld<sup>4</sup> dat de rechter art. 6:89 BW niet ambtshalve mag toepassen en dat de debiteur zich daarop moet beroepen. Op dit punt is er dus tussen de klachtplicht en het verjaringsrecht geen verschil.

### 2.2. *De lengte van de verjarings- en de klachttermijn*

Het is bij vergelijking van de termijnen van beide instituten noodzakelijk zowel hun lengte als hun aanvangsmoment in ogenschouw te nemen. Eerst de verjaring en daarna de klachtplicht.

Voor de belangrijkste contractenrechtelijke remedies geldt een verjaringstermijn van vijf jaar. Volgens art. 3:310 BW verjaart de vordering tot schadevergoeding na vijf jaar. Volgens art. 3:311 BW verjaren de vorderingen tot ontbinding en herstel bij een tekortkoming in de nakoming na vijf jaar. Volgens art. 3:52

BW geldt voor de rechtsvordering tot vernietiging op grond van dwaling en bedrog<sup>5</sup> een verjaringstermijn van drie jaar.<sup>6</sup>

Alle genoemde termijnen hebben een zogenaamd subjectief bepaald aanvangsmoment. Dat wil zeggen dat het aanvangsmoment afhankelijk is van de crediteur betreffende omstandigheden. Naar de kern genomen gaat het er om vanaf welk moment de crediteur in staat was te ageren. Voor art. 3:310 BW is dat letterlijk zo door de Hoge Raad bepaald, maar het geldt in essentie ook voor de andere remedies: volgens art. 3:311 BW vangt de termijn aan als de schuldeiser bekend wordt met de tekortkoming en volgens art. 3:52 BW op het moment dat het bedrog of de dwaling wordt ontdekt. Dat moment van ontdekking of bekend worden is het startmoment, omdat men dan in staat wordt geacht te ageren.

Dan de klachtplicht, te beginnen met het aanvangsmoment van de termijn. De schuldeiser moet volgens art. 6:89 BW protesteren binnen bekwame tijd “nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken”. Ook dat is een subjectief criterium waarin centraal staat het vermogen van de schuldeiser te ageren. In essentie komt dus het aanvangsmoment van de klachtplicht met het aanvangsmoment van de verjaring overeen. Er zijn kleine verschillen. Ten aanzien van het aanvangsmoment van de verjaring heeft de Hoge Raad bepaald dat rechtsdwaling niet aan aanvang van de termijn in de weg staat<sup>7</sup>, terwijl hij ten aanzien van de klachttermijn overwoog dat, bijvoorbeeld een consument die de inhoud van de zorgplicht van een bank niet kent, met succes kan aanvoeren dat hij niet behoefde te klagen voordat hij die zorgplicht kende<sup>8</sup>. Ook wat de onderzoeksplicht betreft kan er een verschil zijn. Uit de woorden “had moeten ontdekken” van art. 6:89 BW vloeit voort dat een zekere onderzoeksplicht bestaat. In welke mate een onderzoeksplicht ook geldt bij het aanvangsmoment van de verjaring is onzeker.<sup>9</sup>

4. HR 20 januari 2006, *LJN*: AU4122.

5. Jac. Hijma, “Klachtplicht en bedrog”, *WPNR* 2009/6781, p. 20 betoogt dat de klachtplicht niet geldt bij bedrog. H.N. Schelhaas, “Klagen over bedrog!”, *NTBR* 2013/6, betoogt het tegendeel. Zie nader voor het debat over de vraag of de klachtplicht geldt bij bedrog en dwaling: Asser/Hijma 7-I 2013/549 met verwijzingen.

6. De vordering tot nakoming als zodanig, dus als geen sprake is van een gebrek in de nakoming maar nakoming nog in het geheel niet heeft plaatsgevonden, bedraagt ook vijf jaar (art. 3:307 BW). Die laatste constatering is in het kader van een stuk over de verhouding tussen de klachtplicht en het verjaringsrecht van wat minder belang, omdat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing is zolang in het geheel nog niet is nagekomen.

7. Zie o.a. HR 26 november 2004, *LJN*: AR1739.

8. HR 8 februari 2013, *LJN*: BX7195, r.o. 3.4.4.

9. Ik meen zelf van wel (in de zin dat er een onderzoeksplicht kan zijn); Smeehuijzen, “De bevrijdende verjaring”, diss. VU 2008, p. 229, maar daar wordt ook wel anders over gedacht (zie A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 20 april 2001, *LJN*: AB1208 onder nr. 8).

Het gaat, hoe dan ook, om tamelijk geringe afwijkingen. Steeds is in de kern de opdracht te bezien vanaf welk moment van de schuldeiser verwacht kon worden dat hij ageerde.

Dan de lengte van de termijn. Hier is het gedaan met de gelijkenissen tussen verjaringsrecht en klachtplicht. Van een vaste termijn is in het klachtrecht geen sprake. Het gaat om een “bekwame tijd” en wat die bewame tijd is, moet op grond van alle omstandigheden van het geval worden bepaald. Tot die omstandigheden behoren onder meer “de aard en de inhoud van de rechtsverhouding, de aard en de inhoud van de betrokken prestatie en de aard van het gestelde gebrek”.<sup>10</sup> Een concrete toets dus; niet de abstractie van een vaste termijn.

Het is niet alleen dit verschil van vast tegenover variabel. Voor het thema ‘concurrerend verjarings- en klachtrecht’ is net zo belangrijk dat de klachttermijn over het algemeen aanzienlijk korter zal zijn dan de drie of vijf jaar van het verjaringsrecht. De klachttermijn kan minder dan een maand zijn, is veelal enkele maanden tot een jaar en zal niet vaak<sup>11</sup> meer dan drie jaar zijn. Tot enige tijd geleden werd wel gedacht dat de rechter een termijn mocht stellen zonder acht te slaan op de gevolgen die het tijdsverloop voor de schuldenaar had gehad (“een jaar om te ageren zou toch in ieder geval wel genoeg moeten zijn”). Inmiddels heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt<sup>12</sup> dat de rechter de lengte van de termijn mede moet baseren op de mate waarin de debiteur door het tijdsverloop is benadeeld. Dat kan enige verlenging van de klachttermijn tot gevolg hebben. Maar het zal in de regel toch niet tot een termijn van jaren leiden. Bedacht zij in dit verband dat art. 6:89 BW wortelt in het leerstuk van de rechtsverwerking, zodat ook het vertrouwen dat niet meer geageerd zal worden een rol speelt. Dat vertrouwen kan gemakkelijk binnen het verloop van jaren ontstaan. Hetzelfde zal gelden voor enigerlei achteruitgang in bewijspositie.

De conclusie luidt dat waar de verjarings- en de klachttermijn vergelijkbare aanvangsmomenten hebben maar de klachttermijn over het algemeen veel korter is, de grote meerderheid van vorderingen eerder aan de klachtplicht dan aan de verjaring ten prooi valt.

### 2.3. Welke verbintenissen vallen onder de klachtplicht? “Alle verbintenissen”

Vervolgens rijst de vraag naar het toepassingsbereik van art. 6:89 BW. Art. 6:89 BW is niet van toepassing als in het geheel niet is nagekomen en ook niet bij te late nakoming. Maar het probleem van concurrentie met de verjaring speelt met name op het terrein van de gebrekkige nakoming. Op dat terrein is in de rechtspraak van de Hoge Raad inmiddels eigenlijk geen beperking van het toepassingsbereik van art. 6:89 BW meer te lezen. Hij overwoog onlangs, in

februari 2013<sup>13</sup>, dat art. 6:89 BW van toepassing is op “alle verbintenissen”. Wat betreft het contractenrecht is dus het toepassingsbereik van art. 6:89 BW ongelimiteerd; onder “alle verbintenissen” vallen, uiteraard, ook verbintenissen uit overeenkomst. Er is in de rechtspraak van de Hoge Raad geen aanknopingspunt om, bijvoorbeeld, de geneeskundige behandelingsovereenkomst of de arbeidsovereenkomst aan toepassing van art. 6:89 BW te onttrekken (zie evenwel par. 4.1).

Dat art. 6:89 BW in het contractenrecht echt grenzeloos is, lijkt nog niet ten volle tot de praktijk te zijn doorgedrongen. Wat die geneeskundige behandelingsovereenkomst betreft: het komt tot dusverre bij advocaten van artsen niet op om aan de patiënt de schending van de klachtplicht tegen te werpen.<sup>14</sup> In de letselschadepraktijk wordt als vanzelfsprekend beschouwd dat de vordering wegens een tekortkoming in de nakoming door de arts wordt beheerst door het verjaringsrecht en niet door de klachtplicht. Hetzelfde geldt voor de vergoeding van personen-schade na schending van de zorgplicht door de werkgever. Ook daar wordt de kwestie van tijdsverloop over het algemeen in het kader van de verjaring afgedaan, terwijl het een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst is en verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst onder art. 6:89 BW vallen.

Men kan zich nog de vraag stellen of de klachtplicht van toepassing is op de zuivere onrechtmatig daad. Hoewel anders is betoogd<sup>15</sup>, lijkt mij vrij vanzelfsprekend dat dit niet zo is. De openingswoorden van art. 6:89 BW zijn:

“De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien...”.

10. Aldus bijvoorbeeld HR 8 februari 2013, *LJN*: BX7195.

11. Maar zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht, 5 september 2012, *LJN*: BX6440, waar een cliënt tegen zijn advocaat ageerde omdat deze had nagelaten de verjaring te stuiten. De cliënt ageerde vier jaar na de fout. De rechtbank oordeelde dat de advocaat geen beroep op art. 6:89 BW kon doen, overwegende: “Weliswaar is juist dat de tekortschietende schuldenaar wordt beschermd indien de schuldeiser niet tijdig onder opgave van redenen protesteert tegen tekortkomingen in de nakoming door de schuldenaar, maar voor deze bescherming bestaat geen reden, indien - zoals hier - de schuldenaar bekend is of behoort te zijn met het gebrek in zijn prestatie.” Ik ben het eens met de uitkomst, maar betwijfel of de motivering houdbaar is.

12. Zie o.a. HR 8 februari 2013, *LJN*: 4600.

13. Zie HR 8 februari 2013, *LJN*: 4600, r.o. 4.2.1.

14. Althans: ik ken nog geen medische aansprakelijkheidszaken waarin op art. 6:89 BW een beroep is gedaan.

15. E.A.L. van Emden en mr. M. de Haan, “Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?”, *AV&S* 2013, 11.



Men moet klagen binnen zekere tijd nadat de prestatie geleverd is. Centraal staat dus het begrip prestatie. Bij de onrechtmatige daad is er geen prestatie. Uit de hierna te citeren parlementaire geschiedenis bij art. 6:89 BW valt ook af te leiden dat de wetgever geen onrechtmatige gedragingen voor ogen heeft gehad.<sup>16</sup> Bovendien geldt des te sterker het argument dat hierna voor het contractenrecht nader zal worden uitgewerkt, te weten het argument dat de wetgever situaties van “louter stilzitten” aan de verjaring heeft willen onderwerpen. Zou men de klachtplicht op onrechtmatige gedragingen toepassen, dan is, wat sterk gezegd, het hele verjaringsrecht overbodig. De wetgever kan niet verondersteld worden dode verjaringsbepalingen in het leven te hebben willen roepen.

#### 2.4. De ongelimiteerde toepasselijkheid van de klachtplicht doet het contractenrechtelijke verjaringsrecht verdampen

De vraag is wat er met het verjaringsrecht gebeurt als inderdaad de klachtplicht in het contractenrecht universeel van toepassing is.

Exemplarisch is het volgende: in HR 26 november 2004<sup>17</sup> vorderde een cliënt schadevergoeding wegens een beroepsfout van zijn advocaat. De advocaat beriep zich op verjaring en de zaak werd behandeld in de sleutel van de verjaring. In HR 22 februari 2013<sup>18</sup> was opnieuw de vordering tot schadevergoeding van de cliënt tegen zijn advocaat aan de orde. Nu beriep echter de advocaat zich op de klachtplicht en werd de zaak behandeld in de sleutel van de klachtplicht. Waar dus voorheen het front van het debat over tijdsverloop werd gevormd door de verjaring, wordt dat front nu gevormd door de klachtplicht.

Dat geldt voor meer terreinen. Over tekortschietende adviseurs, bijvoorbeeld, bestaat veel verjaringsrechtelijke rechtspraak<sup>19</sup>. Steeds werd tot voor kort het debat over tijdsverloop gevoerd in de sleutel van de verjaring. Maar advocaten die hun rechtspraak bijhouden, zullen het voortaan over de boeg van de klachtplicht gooien. Wat de adviseurs betreft ligt die stap inmiddels erg voor de hand, in die zin dat het in de februari-arresten ging om aangesproken advocaten en banken. Een, zeg, fiscaal adviseur of een accountant bevindt zich duidelijk in dezelfde categorie.

Wat meer verbeelding vereist het besef dat ook de arts en de werkgever zich op art. 6:89 BW kunnen beroepen. Maar ook die stap zal op enig moment gezet worden. Er is al een voorbeeld. In een ongepubliceerde uitspraak oordeelde de rechtbank Den Haag<sup>20</sup> dat de werknemer niet heeft voldaan aan zijn verplichting ex art. 6:89 BW om binnen bekwame tijd te protesteren tegen het niet nakomen door de werkgever van haar in art. 7:658 BW omschreven zorgplicht. Het tijdsverloop was twee jaar. De vordering werd wegens schending van de klacht-

plicht afgewezen; aan de verjaring kwam de rechtbank niet toe. Nog maar kort geleden leek een dergelijke beslissing onbestaanbaar.

Het voorgaande heeft voor het verjaringsrecht grote gevolgen. Het volgende is indicatief. Zet men elf willekeurig gekozen standaardarresten over verjaring van de afgelopen jaren op een rijtje<sup>21</sup>, dan zouden acht daarvan nu niet meer primair langs verjaringsrechtelijke weg worden beslist (cursief gedrukt zijn de arresten waarvoor dat geldt):

- *HR 6 april 2001<sup>22</sup> (werkgeversaansprakelijkheid; vraag of verjaring aanvangt bij subjectieve of objectieve bekendheid);*
- *HR 24 januari 2003<sup>23</sup>, (werkgeversaansprakelijkheid; vraag of voor aanvang termijn vermoeden of zekerheid vereist is);*
- *HR 10 oktober 2003<sup>24</sup>, (aansprakelijkheid fiscalist; vraag of verjaring ten aanzien van toekomstige schade gaat lopen);*
- *HR 31 oktober 2003<sup>25</sup>, (aansprakelijkheid uit geneeskundige behandelingsovereenkomst; vraag of bekendheid met fout vereist is);*
- *HR 26 november 2004<sup>26</sup> (aansprakelijkheid advocaat; vraag of rechtsdwinging aan aanvang van de termijn in de weg staat);*
- *HR 24 mei 2002<sup>27</sup> (onrechtmatig handelen Staat; vraag of termijn loopt ten aanzien van periodieke schade);*
- *HR 3 december 2010<sup>28</sup> (aansprakelijkheid verkeersongeval; vraag naar onderzoekspllicht en strijd met redelijkheid en billijkheid);*
- *HR 9 oktober 2009<sup>29</sup> (aansprakelijkheid consultant; vraag naar vereiste mate van bekendheid);*
- *HR 9 juli 2010<sup>30</sup> (aansprakelijkheid accountant; vraag naar vereiste mate van bekendheid);*
- *HR 6 april 2012<sup>31</sup> (regres bij hoofdelijkheid; vraag of opeisbaarheid voor aanvang van de termijn vereist is)*

16. Baseert evenwel de crediteur zijn vordering op onrechtmatige daad terwijl feitelijk de grondslag van zijn vordering ligt in de tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, dan is art. 6:89 BW wel van toepassing (HR 23 november 2007, *LJN*: 3733).

17. *LJN*: AR1739.

18. *LJN*: BY4124.

19. Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 2009, *LJN*: BJ4850 en HR 9 juli 2010, *LJN*: BM1688.

20. 17 april 2013, zaaknr. 1187167/ RL EXPL 12-18988; te verschijnen in JA.

21. Wat de standaardarresten zijn, is moeilijk te objectiveren. Ik geloof niet dat een andere selectie een wezenlijk ander beeld zou opleveren.

22. *LJN*: AB0900.

23. *LJN*: AF0694.

24. *LJN*: AF9416.

25. *LJN*: AL8168.

26. *LJN*: AR1739.

27. *LJN*: AD9600.

28. *LJN*: BN6241.

29. *LJN*: BJ4850.

30. *LJN*: BM1688.

31. *LJN*: BU3784.

- *HR 4 mei 2012<sup>32</sup> (aansprakelijkheid bestuurder wegens tekortschieten taakvervulling; vraag naar vereiste mate van bekendheid)*

Een vergelijkbaar beeld ontstaat wanneer men de verjaringsbepalingen in het BW beziet. Een deel van de verjaringsbepalingen uit het BW heeft betrekking op overeenkomsten; ik heb die bepalingen hiervoor al opgesomd. Deze bepalingen verliezen de facto grotendeels hun effect onder invloed van de oprukkende klachtplicht.

De conclusie luidt derhalve dat bij ongelimiteerde toepassing van de klachtplicht binnen het contractenrecht, de contractenrechtelijke verjaringsbepalingen in vergaande mate van hun betekenis worden ontdaan.

### 3. De onwenselijkheid van verdringing van het verjaringsrecht door de klachtplicht

De vraag is of de overvleugeling van het verjaringsrecht door de klachtplicht een gelukkige ontwikkeling is of niet. Ter beantwoording van die vraag wordt hierna zowel op de wil van de wetgever als op de ratio's en de vormgeving van beide instituten ingegaan.

#### 3.1. Universele toepassing art. 6:89 BW tegen de wil van de wetgever

Het is nuttig de vraag hoe zich de hiervoor geschetste ontwikkeling verhoudt tot de wil van de wetgever zowel vanuit het perspectief van de klachtplicht als van de verjaring te bezien.

Eerst de klachtplicht. Ik citeer de parlementaire geschiedenis bij art. 6:89 BW integraal<sup>33</sup>:

“T.M.: Dit artikel berust op de gedachte dat een schuldenaar er op moet kunnen rekenen, dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt. Hoeveel tijd de schuldenaar voor een en ander ten dienste staat, moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden beoordeeld. Door het onderzoek, onderscheidenlijk de mededeling aan de schuldenaar, achterwege te laten, beneemt de schuldeiser zich het recht om over de gebreken van de prestatie te klagen.

V.V. II. De strekking van dit artikel is kennelijk deze, dat een schuldeiser die na de aflevering niet tijdig reclameert, zich niet meer op een gebrek in de prestatie kan beroepen. De Commissie acht het gewenst de cursief gedrukte woorden in de redactie van het artikel op te nemen, althans anderszins te doen blijken dat het hier gaat om de situatie na de aflevering. M.v.A. II. Anders dan de Commissie meent de ondergetekende dat dit artikel niet alleen ziet op de situatie na aflevering. Men denke aan het

geval dat – zoals in de praktijk geen uitzondering is – de schuldeiser in de gelegenheid wordt gesteld de verschuldigde zaak vóór aflevering te inspecteren. De schuldeiser zal dan in de regel ter zake van de door hem bij deze inspectie ontdekte gebreken terstond hebben te protesten.”

Twee dingen vallen op. Ten eerste lijkt in het denken van de wetgever de stoffelijkheid van de prestatie uitgangspunt te zijn. Ten tweede lijkt de wetgever te denken aan situaties waarin een scherp moment bestaat waarop geageerd moet worden – zie de aandacht voor “inspectie” van de zaak. Mijn indruk is dat de wetgever de ambitie heeft gehad gevallen als het pekingeendenarrest in een wettelijke bepaling te vangen, maar hij heeft verzuimd de bepaling zo vorm te geven dat daar ook inderdaad alleen de pekingeendengevallen onder vallen.

Dat de wetgever geen beperkingen heeft aangebracht, maakt op zichzelf begrijpelijk het oordeel van de Hoge Raad dat art. 6:89 BW op “alle verbintenissen” van toepassing is. Een op de tekst van het artikel gebaseerde uitleg geeft tot een andere conclusie geen aanleiding. Maar een op de gedachte achter bepaling gebaseerde uitleg dus, denk ik, wel.

Benadert men het vanuit verjaringsrechtelijk perspectief, dan nestelt zich nog dieper de opvatting dat de huidige ontwikkeling indruist tegen de wil van de wetgever. Niet goed denkbaar is immers, dat de wetgever contractenrechtelijke verjaringsregels in het leven heeft willen roepen die wegens het ongelimiteerde toepassingsbereik van de klachtplicht feitelijk betekenisloos zijn. Zo kort en eenvoudig als die constatering is, zo groot is denk ik haar belang.

Ook de wetsgeschiedenis op het terrein van de verjaring pleit tegen toepassing van de klachtplicht in situaties van louter tijdsverloop. Onder het oude recht was er enkel de dertigjaarstermijn. Het kwam toen voor dat crediteuren ten detrimente van de debiteur nodeloos jaren lieten verstrijken alvorens te ageren. Om dat voortaan tegen te gaan, heeft de wetgever in het nieuwe BW naast objectieve termijnen van twintig jaar, korte subjectieve termijnen van vijf en drie jaar in het leven geroepen. Die termijnen beogen de situaties te regelen waarin sprake is van “louter stilzitten” door de crediteur. Zou men ook buiten de verjaring aan louter stilzitten verlies van recht koppelen - en dat is wat men bij universele toepassing van art. 6:89 BW doet - dan worden die subjectieve termijnen overbodig.

32. *LJN*: BV6769.

33. *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 316-317.

Wellicht rijst hier de bedenking dat art. 6:89 BW niet wordt toegepast op situaties van louter tijdsverloop omdat er iets *bijzonders* aan de hand is: door het tijdsverloop raakt de bewijspositie van de debiteur ondergraven en rekent hij er niet meer op te worden aangesproken. Die omstandigheden kunnen evenwel niet als bijzonder worden aangemerkt, omdat zij juist *typisch* zijn voor tijdsverloop; zij doen zich na verloop van tijd vrijwel altijd voor.<sup>34</sup> Juist op die gedachte is het verjaringsrecht gebaseerd. Zie in lijn met deze constatering Tjittes:

“De korte verjaringstermijnen van vijf jaar dienen volgens de parlementaire geschiedenis mede om bewijsmoeilijkheden voor de debiteur te voorkomen. Die omstandigheid is reeds verdisconteerd in de korte verjaringstermijn. Het gaat dan niet aan om dat argument nogmaals, maar dan voor het aannemen van rechtsverwerking binnen die korte verjaringstermijn, in stelling te brengen.”<sup>35</sup>

### 3.2. *Afgezien van de wil van de wetgever: heeft de klachtplicht de voorkeur boven het verjaringsrecht?*

De wetgever heeft, zo is de strekking van het voorgaande, niet gewild dat de klachtplicht het contractenrechtelijke verjaringsrecht zou overvleugelen. Het gewicht van die constatering is evident.

Maar los van de wil van de wetgever: is het wenselijk dat het debat over tijdsverloop niet meer in de sleutel van de verjaring, maar in de sleutel van de klachtplicht wordt gevoerd? Het is ter beantwoording van die vraag noodzakelijk nader in te gaan op (i) de ratio's van beide instituten en (ii) hun vormgeving.

#### 3.2.1. *De ratio's van beide instituten: in de kern identiek*

Eerst de ratio van verjaring. Tijdsverloop is nadelig voor de debiteur. Zijn bewijspositie raakt ondergraven en hij wordt aangetast in zijn rechtszekerheid, in die zin dat hij psychologisch en economisch niet meer op nakoming is ingesteld. Voor hem is dus van wezenlijk belang dat het recht van de crediteur eindig is. Maar hoe is tegenover de crediteur te rechtvaardigen dat hij zijn recht door louter tijdsverloop verliest? Als hij in staat is zijn vordering in te stellen, is dat eigenlijk niet moeilijk: tegenover het serieus te nemen belang van de debiteur bij tijdige geldend maken van zijn recht door de crediteur, is er het nauwelijks serieus te nemen belang van de crediteur bij ongelimiteerde geldigheid van zijn recht; hij kan het immers *nu* al geldend maken. De zogenaamde subjectieve verjaringstermijnen – en daar gaat het in deze bijdrage om – hebben deze rechtvaardiging. Om niet van geval tot geval te hoeven debatteren over de vraag binnen welke termijn de crediteur moet ageren, heeft de wetgever

een vaste termijn gesteld: vijf jaar (of soms drie) nadat de crediteur in staat raakt te ageren, raakt hij zijn recht kwijt. Zo beschouwd is dus verjaring krachtens een korte subjectieve termijn een vorm van wettelijke en *gestandaardiseerde* rechtsverwerking. Het is geen rechtsverwerking in de juridisch technische zin van het woord (in de zin van een toepassing van 6:2 lid 2), maar het is wel een loot aan dezelfde normatieve stam.

Nu de ratio van de klachtplicht. Volgens de parlementaire geschiedenis moet de schuldenaar er op kunnen rekenen dat de schuldeiser “met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar meedeelt”. A-G Wuisman schrijft in zijn conclusie voor HR 29 juni 2007<sup>36</sup>:

“Achter de artikelen 6:89 en 7:23 BW steken overwegingen van rechtszekerheid. (...) Het is immers voor de schuldenaar van belang, dat het voor hem spoedig na diens prestatie duidelijk is of hij nog met aanspraken van de schuldeiser met betrekking tot de prestatie rekening moet houden.”

Wat betreft de belangen van de debiteur is het dus eigenlijk niet anders dan bij de verjaring: door tijdsverloop raakt de bewijspositie (denk aan het pekingeendenarrest) en de rechtszekerheidspositie van de debiteur ondergraven (zie A-G Wuisman). Ook aan de creditzijde is er welbeschouwd geen verschil met de verjaring: de klachttermijn begint te lopen als de schuldenaar het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Een subjectief bepaald aanvangsmoment dus, dat in de kern uitgaat van het vermogen van de crediteur te ageren.

Ook de klachttermijn wordt daarom beschouwd als een vorm van rechtsverwerking<sup>37</sup>: doordat het nodeloze stilzitten van de crediteur op enig moment de positie van de debiteur bezwaart, wordt hem zijn recht ontnomen. Omdat de klachtplicht wettelijk is vastgelegd, wordt gesproken van een wettelijke vorm van rechtsverwerking.

34. Zie uitvoerig J.L. Smeehuijzen, a.w., p. 315.

35. R.P.J.L. Tjittes, “Relativering van rechtsverwerking”, *NTBR* 1999/7, p. 196.

36. *LJN* AZ4850.

37. Zie o.a. Tjittes, “De klacht- en onderzoeksplicht bij ondeugdelijke prestaties”, *RMThemis* nr. 1, februari 2007 met nadere verwijzingen.



### 3.2.2. *De vormgeving van beide instituten: standaardisering tegenover “alle omstandigheden”*

Nu de normatieve achtergrond van beide instituten dezelfde is, kan daar geen basis voor een voorkeur voor het klachtrecht of het verjaringsrecht worden gevonden. De vraag is waar dan wel een argument ligt. Het antwoord luidt: in de vormgeving. Ik bedoel daarmee het volgende.

Wat betreft de crediteur, zijn beide instituten vrijwel hetzelfde vormgegeven. De termijn vangt aan op het moment dat van de crediteur verwacht kan worden dat hij ageert. Bij de bepaling waar dat moment ligt, zijn alle omstandigheden van het geval van belang – zowel bij de verjaring als bij de klachtplicht. Daarom zien wij in de rechtspraak over zowel het aanvangsmoment van de verjaringstermijn als over het aanvangsmoment van de klachttermijn uitvoerige debatten.

Wat betreft de debiteur is evenwel de benadering van beide instituten geheel verschillend. Bij de verjaring wordt gestandaardiseerd: de belangen van de debiteur worden in het algemeen geacht te worden aangetast door tijdsverloop, en de termijn waarna die achteruitgang zodanig is dat zij de ondergang van de vordering tweeweg moet brengen, is door de wetgever gesteld op vijf (of drie) jaar. Een discussie over de vraag of in het voorliggende geval die achteruitgang ook werkelijk heeft plaatsgevonden, wordt niet gevoerd. Bij de klachttermijn vindt juist wel een concrete toets plaats: “alle omstandigheden” worden in overweging genomen om te bepalen of de debiteur door het tijdsverloop in zodanige mate in zijn positie is aangetast, dat verlies van recht moet volgen.

Te zeggen is dus dat bij de klachtplicht beide kanten van de belangenafweging worden geconcretiseerd, terwijl bij verjaring een kant wordt geconcretiseerd en de andere kant helemaal niet. Bij de klachttermijn zijn beide kanten zacht; bij de verjaring is een kant zacht en de andere in beton gegoten. De vraag is wat de voorkeur heeft.

### 3.2.3. *De rechtszekerheidszwakte van de klachtplicht*

Om met de deur in huis te vallen: ik heb de indruk dat het uitvoerige debat over de omstandigheden van het geval waartoe de huidige rechtspraak over de klachtplicht noodzaakt, een zwaardere druk op de rechtspraktijk legt dan de baten van dat debat rechtvaardigen. Men moet daarbij het volgende bedenken.

De toets die de rechter moet aanleggen, vergt dat alle omstandigheden van het geval beschouwd worden. Dat betekent dat al die omstandigheden moeten worden vastgesteld. Tot dusverre blijken stelplicht en bewijslast in het kader van de klacht-

plicht omstreden onderwerpen.<sup>38</sup> Ook als die controverse is opgelost, valt te verwachten dat bewijsdiscussies veelvuldig zullen voorkomen.

Los van het vaststellen van de omstandigheden als zodanig, is lastig te bepalen welk gewicht die omstandigheden precies moet worden toegekend. Wanneer is het nadeel dat de debiteur door tijdsverloop heeft ondervonden zo zwaar dat verlies van recht moet volgen? Dat is een kwestie van waardering waarover in redelijkheid verschil van mening mogelijk zal zijn.

Het probleem met een moeilijk toepasbare regel manifesteert zich zoals bekend niet alleen in, maar ook buiten rechte. De advocaat kan zijn cliënt over de klachtplicht moeilijk met stelligheid adviseren. Pre-processuele onderhandelingen worden bemoeilijkt door een verweer waarvan de slagingskans slecht is in te schatten. Enzovoorts.

Bij dit alles komt dat een beroep op de klachtplicht geen vergezocht, obscuur verweer is, maar in vrijwel elke zaak heel snel voor de hand ligt. Een beetje vindingrijke debiteur kan binnen tamelijk korte tijd met droge ogen beweren dat zijn positie door tijdsverloop is aangetast. Denk in dit verband alleen al aan de snelle vervaging van herinneringen van getuigen. Wat dat beroep dan uiteindelijk in rechte waard is, is voor de debiteur van later zorg.

Voorts zij bedacht dat het toegenomen belang van de klachtplicht niet alleen debat over die klachtplicht zelf in het leven roept, maar ook over met die klachtplicht samenhangende aspecten. In dit verband is met name te noemen de vraag wat men moet doen om verval van recht af te wenden – de pendant van wat bij verjaring stuiting heet. Welke uiting van onvrede volstaat? Hoe expliciet moet men

38. Zie HR 8 februari 2013, *LJN*: BX7195, r.o. 3.6: “De overweging van de Hoge Raad daarover [in zijn arrest van 23 november 2007, *LJN* BB3733 - JLS] moet aldus worden verstaan dat de in dat arrest bedoelde stelplicht en bewijslast pas aan de orde komen indien de schuldenaar respectievelijk de verkoper (hierna verder tezamen: de schuldenaar) het verweer voert dat niet tijdig is geklaagd als bedoeld in genoemde artikelen. Voert de schuldenaar dit verweer niet, dan kunnen art. 6:89 en 7:23 BW niet worden toegepast (vgl. HR 20 januari 2006, *LJN* AU4122, *NJ* 2006/80). Voert de schuldenaar dit verweer wel, dan dient de schuldeiser, zoals is beslist in het arrest [A/B], gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat en op welk moment is geklaagd.”



zijn?<sup>39</sup> In een recente zaak over de beroepsfout van een advocaat moest tot de Hoge Raad geprocedeerd worden<sup>40</sup> over de vraag hoe nauwkeurig de cliënt het verwijt aan zijn advocaat had moeten formuleren om aan zijn klachtplicht te voldoen. Omdat ook deze kwestie helemaal feitelijk is – in wezen een kwestie van uitleg – kan hierover lang gedebatteerd worden. Niet alleen over de waardering van de uiting, maar ook in termen van bewijs over de vraag wat nu is gezegd of geschreven (of de combinatie daarvan). Want bedenkt: anders dan de stuitingshandeling bij verjaring, is klagen in de zin van art. 6:89 BW vormvrij.

Er is nog een meer indirect effect van rechtsonzekerheid over de termijn. Bij gebreke van een duidelijke regel zullen partijen het zekere voor het onzekere nemen. Wil de advocaat er zeker van zijn dat hij geen beroepsfout maakt, dan adviseert hij zijn cliënt te klagen. En om er zeker van te zijn dat die uiting een voldoende klacht in de zin van art. 6:89 BW behelst, heeft een expliciete uiting de voorkeur. Dit kan er toe leiden dat een sluimerend geschil nodeloos op scherp wordt gezet.

### 3.2.4. *De rechtvaardigheidsopbrengst van de klachtplicht; de (on)verdienselijkheid van de klachtplicht bij het Kifid*

Tegenover de hiervoor geadstrueerde rechtszekerheidswakte van de klachttermijn, zou een nogal uitgesproken rechtvaardigheidsopbrengst moeten staan. Preciezer gezegd: er zou een substantiële hoeveelheid gevallen moeten bestaan, waarin het zo is dat de verjaringstermijn eigenlijk te lang is, in die zin dat de debiteur wordt aangesproken voordat de verjaringstermijn is verstreken (zodat hij zich niet op verjaring kan beroepen), terwijl zijn positie door tijdsverloop toch al zozeer is aangetast dat zijn wederpartij het ageren al belet had moeten worden. De klachtplicht brengt dan de noodzakelijke redding door het onrecht dat de standaardisering van het verjaringsrecht teweeg brengt, te corrigeren.

Persoonlijk (ik spreek veel met praktijkmensen over verjaring, bijvoorbeeld in het kader van cursussen) heb ik de klacht dat voor ommekomst van de verjaringstermijn al een (te) sterke achteruitgang in de positie van de debiteur heeft plaatsgevonden, zelden of nooit gehoord. Men zou denken dat als dit een serieus probleem was, er uit de praktijk of wetenschap wel enig signaal zou klinken dat daarop duidt. Zelf heb ik verdedigd dat een vijfjaarstermijn eigenlijk te lang is, en dat de termijn, net als in Duitsland en Engeland, drie jaar zou moeten bedragen – juist omdat zich laat denken dat in die laatste twee jaar de positie van de debiteur nog achteruit gaat, terwijl drie jaar voor de crediteur toch ook nog een ruime periode is om te ageren.<sup>41</sup> Ik heb niemand in reactie daarop horen zeggen dat met die verkorting van de termijn inderdaad een belangrijk euvel van het Nederlandse verjaringsrecht verholpen zou zijn.

Het is interessant om de rol van de klachtplicht eens te bezien op een terrein waar hij de laatste jaren “ontdekt” is, te weten bij klachten over financiële dienstverleners. Men kan over het handelen van financiële dienstverleners terecht bij het Kifid. Men krijgt bij beschouwing van de uitspraken van het Kifid de indruk dat daar door gedaagden nogal kwistig met een beroep op de klachtplicht wordt gestrooid – begrijpelijk vanuit hun perspectief; niet geschoten is altijd mis. Zoekt men op art. 6:89 BW in de zoekmachine van het Kifid<sup>42</sup>, dan treft men 45 uitspraken waarin een beroep op de klachtplicht wordt gedaan. In 39 gevallen faalt dat beroep. Dat is een verhouding van ongeveer 1 staat tot 9.

Ook in die gevallen waarin het beroep wel slaagde, was de noodzaak van de klachtplicht er niet steeds, waarmee ik bedoel te zeggen dat ook de verjaring of rechtsverwerking – een beladen term in dit verband waarop ik hieronder nog terugkom – het had afgekund. Een keer<sup>43</sup> was behalve van overschrijding van de klachttermijn ook sprake van verjaring. Twee keer<sup>44</sup> werd geoordeeld dat de klager op korte termijn had moeten ageren om de bank in staat te stellen de fout te herstellen. Dat geval nu, is een klassiek pekingeendengeval; een door de crediteur onbenut gelaten momentum dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid prima zonder 6:89 BW had afgekund.

In de drie gevallen waarin het beroep op art. 6:89 BW slaagde en niet via de rechtsverwerking of de verjaring hetzelfde bereikt had kunnen worden was twee keer<sup>45</sup> sprake van tijdsverloop van net minder dan vijf jaar en in het laatste geval<sup>46</sup> van net meer dan een jaar. Bij al deze gevallen moet dan nog worden aangetekend dat de motivering naar de laatste rechtspraak van de Hoge Raad niet door de beugel

39. De Hoge Raad oordeelt hierover als volgt (HR 11 jui 2010, *LJN* BL8297): “Gezien de aan art. 6:89 ten grondslag liggende ratio (namelijk dat de schuldenaar wordt beschermd doordat hij erop mag rekenen dat de schuldeiser met bekwaame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar meedeelt; zie *Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 316-317) kan niet steeds met de enkele mededeling aan de wederpartij worden volstaan dat de door deze verrichte prestatie ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt; in beginsel dient de schuldeiser zijn wederpartij, voor zover mogelijk, tevens te informeren over de gestelde aard of omvang van de tekortkoming.”

40. HR 20 februari 2013, *LJN*: BY4124.

41. *Smeehuijzen*, a.w., p. 138 e.v.

42. Ik deed dat op 7 juli 2013.

43. *Uitspraak* 2013-112.

44. *Uitspraken* 2010-152 en 2011-321.

45. *Uitspraken* 2013-168 en 2013-116.

46. *Uitspraak* 2013-09.

kan, omdat niet wordt gemotiveerd wat het nadeel van het tijdsverloop voor de aangesprokene was.<sup>47</sup>

Er is dus in die 45 zaken maar een enkele zaak waarin art. 6:89 BW een nuttige functie vervult. De rechtvaardigheidsprestaties van de klachtplicht bij het Kifid maken daardoor weinig indruk. Eerder krijgt men te doen met de leden van de Geschillencommissie die steeds maar het beroep op de klachtplicht weg moeten schrijven alvorens aan de inhoudelijke kant van de zaak te kunnen beginnen.

### 3.2.5. *Relativering van de veronderstelde superioriteit van de klachtplicht in het individuele geval tot het rechtvaardige oordeel te komen*

Het volgende verdient bovendien opmerking. De veronderstelling in het voorgaande was dat de klachtplicht in verhouding tot verjaring superieur is wat betreft de mogelijkheid in het individuele geval tot een rechtvaardige oplossing te komen. Maar ook die veronderstelling is voor discussie vatbaar. Schending van de klachtplicht heeft tot gevolg verlies van alle rechten. In de literatuur is, wat mij betreft nogal overtuigend, bepleit dat dit alles-of-niets-karakter van 6:89 BW onvoldoende genuanceerd is.<sup>48</sup> Er zijn schrijvers die vinden dat de sanctie op maat gesneden moet zijn, en soms minder ver moet gaan dan verlies van alle rechten.

Deze benadering is evenwel vooralsnog niet terug te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zo overweegt hij in zijn arrest van 8 februari 2013<sup>49</sup>:

“In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in art. 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds (...).”

Daarmee blijft staan de bedenking dat art. 6:89 BW soms wel erg radicaal snoeit. Het beeld dat de klachtplicht perfect passende beslissingen oplevert, behoeft dus bijstelling.

## 4. Implicaties voor rechter en wetgever

### 4.1. *Hoe moet de Hoge Raad verder met de klachtplicht?*

In het voorgaande werd bepleit dat de wetgever de overvleugeling van het verjaringsrecht door de klachtplicht waarschijnlijk niet heeft gewild en, los daarvan, het er niet naar uitziet dat de rechtszekerheidsnadelen van universele toepasselijkheid van de klachtplicht opwegen tegen de rechtvaardigheidsvoordelen. De vraag is wat dit voor de praktijk betekent.

De overheveling van de verjaring naar de klachtplicht zoals hiervoor beschreven, laat zich niet gemakkelijk terugdraaien. Dat geldt met name voor

het klagen over de prestatie van adviseurs (de advocaat, de accountant, de fiscalist, de consultant). Vroeger werden die kwesties door de verjaring bestreken, nu door de klachtplicht. De Hoge Raad zou een weinig vaste koers varen door nu dat soort zaken nu terug op het bord van de verjaring te brengen.

Een andere categorie van gevallen is wellicht die waarin personenschade wordt geleden. Daarover heeft de Hoge Raad nog niet geoordeeld. Naar de bewoordingen van zijn februari-arresten ontkomt de Hoge Raad ook hier moeilijk aan het toepassen van art. 6:89 BW. Hij overweegt immers dat art. 6:89 BW op “alle verbintenissen” van toepassing is – dus ook op die uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst.

Ik zou intussen op voorhand geneigd zijn te denken dat de ‘pekingeendengevallen’ op het terrein van de personenschade bij uitstek dun gezaaid zijn. De toedracht en de manifestatie van personenschade zijn kwesties die vaak maar stapsgewijs duidelijk worden. Dat zou een reden kunnen zijn op hier art. 6:89 BW buiten toepassing te laten. Bovendien lijkt het mij in termen van continuïteit voor de praktijk niet goed als, zonder duidelijke inhoudelijke rechtvaardiging, in zaken van personenschade de kwestie van tijdsverloop nu plotseling niet meer in de sleutel van art. 3:310 BW, maar in de sleutel van art. 6:89 BW wordt gesteld. Voorts zijn zaken van personenschade goed af te grenzen van andersoortige zaken.

De redenering om uit de greep van art. 6:89 BW te geraken zou kunnen zijn dat bij personenschade veelal niet alleen sprake is van schending van een contractuele norm, maar ook van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Asser-Hijma schrijft over de rechtspraak waarin de Hoge Raad oordeelde dat art. 7:23 BW (dat is de specialis van art. 6:89 BW voor koop) geldt voor iedere rechtsvordering die feitelijk

47. Volstaan wordt met een overweging als de volgende (r.o. 5.7 van 2013-168): “Op grond van artikel 6:89 BW had Consument vanaf dat moment binnen bekwame tijd dienen te protesteren. Daarbij moet hem een redelijke tijd van beraad worden gegund. Die redelijke tijd kan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – enkele maanden omvatten maar geen jaren. Aangezien vaststaat dat Consument zijn eerste klacht pas bij brief van 6 oktober 2010 aan Aangeslotene heeft gezonden is de Commissie van oordeel dat Consument niet binnen bekwame tijd bij Aangeslotene heeft geprotesteerd en dat zijn klacht niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.”

48. Zie o.a. Carlos Bollen en Ton Hartlief, “De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niet-bolwerk ontmanteld”, *NJB* 2009, 2192. en W.H. van Boom, “Klachtplicht bij koop”, *AA* November 2011, p. 810 e.v.

49. HR 8 februari 2013, *LJN*: BY4600, r.o. 4.2.6.

gegrond is op het niet beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst, ook indien de koper op deze grondslag – tevens – een vordering uit onrechtmatige daad baseert:

“Mijns inziens verdient de genoemde jurisprudentie een voorzichtige lezing en betekent zij niet, dat bij non-conforme aflevering iédere vordering uit onrechtmatige daad door art. 7:23 BW wordt beheerst. Indien de koper in het kader van art. 6:162 BW méér en andere feiten aanvoert dan die welke non-conformiteit constitueren – en dat zal snel zo zijn (onzorgvuldigheid, verwijtbaarheid) –, dan zal hij mijns inziens zodoende zijn vordering aan de zuigende werking van art. 7:23 BW onttrekken.”<sup>50</sup>

Ik kan mij voorstellen dat zich een vergelijkbare redenering laat voeren in het kader van art. 6:89 BW. Zou de Hoge Raad langs deze lijn oordelen, dan kan hij meteen de gelegenheid te baat nemen om ook duidelijk te maken dat art. 6:89 BW niet van toepassing is op (zuivere) onrechtmatige gedragingen.

#### 4.2. *Moet de wetgever ingrijpen en zo ja, hoe?*

Naast de vraag hoe de rechter nu met art. 6:89 BW moet omgaan, is er de vraag of, en zo ja hoe, de wetgever moet reageren. Als het zo is dat de juiste verhouding tussen de leerstukken verjaringsrecht en klachtplicht verstoord is, en ik geloof dat dat zo is, dan kan dat een overweging zijn om in te grijpen.

Zou de wetgever dat inderdaad overwegen, dan lijkt het verstandig dat hij daar enig empirisch onderzoek aan vooraf laat gaan. We weten in feitelijke zin welbeschouwd weinig van de invloed van tijdsverloop op partijverhoudingen. Er is altijd veel verondersteld. De verkorting van de verjaringstermijnen in het nieuwe BW moest meer rechtszekerheid brengen. Intussen moeten we constateren dat vroeger de verjaring nauwelijks een serieus leerstuk was en we er met wat gesmokkel via de redelijkheid en billijkheid heel aardig uitkwamen<sup>51</sup>; tegenwoordig is de verjaring een uit de kluiten gewassen leerstuk waarover eindeloos geprocedeerd wordt. Mijn persoonlijke inschatting is dat dit met universele toepasselijkheid van de klachtplicht alleen maar erger wordt en we er materieel weinig mee winnen, maar bewijzen kan ik het niet. Er zou een studie moeten komen op basis waarvan beter gefundeerde uitspraken gedaan kunnen worden.

Voorlopig, maar mede dus onder voorbehoud van de uitkomsten van empirisch onderzoek, zou mijn hypothese over de rol die de klachtplicht dan wèl zou moeten spelen, in grote lijnen als volgt luiden - kortheidshalve wat apodictisch geformuleerd. In de kern gaat het om de vraag welk soort stilzitten van de crediteur het rechtsverwerkingsoordeel wel kan dragen en welk soort stilzitten het rechtsverwerkingsoordeel niet zou kunnen dragen. Op basis van

de analyse van jurisprudentie<sup>52</sup> kan men drie categorieën onderscheiden.

Ten eerste zijn er de gevallen waarin de crediteur ‘zijn momentum mist’. Substantieel tijdsverloop is hier geen dragende factor voor het rechtsverwerkingsoordeel. Een voorbeeld biedt het pekingeendenarrest, maar ook de eerder genoemde zaak voor het Kifid waarin de klager een termijn had laten verstrijken waarbinnen de bank haar fout nog had kunnen herstellen. In deze situaties rust op de debiteur zonder meer een klachtplicht.

Ten tweede zijn er gevallen waarin er geen jong, scherp moment aanwijsbaar is waarop de crediteur had moeten ageren, er substantieel tijd verstrijkt en zich vervolgens tussen partijen een vorm van contact voordoet die (een van) de gronden die rechtsverwerking rechtvaardigen, versneld doet intreden. In die casus moet de rechter beoordelen of de ‘versnelling’ die het contact bewerkstelligt, met name valt hier te denken aan het vertrouwen dat de remedie niet zal worden ingeroepen, voldoende substantieel is om het rechtsverwerkingsoordeel te kunnen dragen. Meer dan dat de rechter terughoudend moet zijn, valt over die toets op voorhand niet te zeggen. Maar ook hier kan dus onder omstandigheden een klachtplicht worden aangenomen.

Ten derde zijn er gevallen waarin de crediteur niet direct had hoeven ageren en zich verder geen ontwikkeling anders dan tijdsverloop heeft voorgedaan. Hier behoort de klachtplicht geen rol te hebben, omdat dit het terrein van de verjaring is - het gaat om “louter stilzitten”. Ik kan mij voorstellen dat de verschillende contractuele remedies in dit schema uiteenlopend ‘scoren’. Bij de vordering tot schadevergoeding lijkt vaak sprake te kunnen zijn van louter tijdsverloop, zodat daar de functie van de klachtplicht veelal beperkt is. Maar gaat het bijvoorbeeld om een vordering tot herstel, dan lijkt een vroeg ‘pekingeendenmoment’ veelal eerder voor de hand te liggen. De mogelijkheid tot herstel zal immers veelal van min of meer voorbijgaande aard zijn. Maar: ook weer niet per definitie. Wetmatigheden zijn waarschijnlijk moeilijk aan te wijzen.<sup>53</sup>

50. Asser/Hijma 7-I 2013/549a.

51. Zie Smeehuijzen, a.w. par. 27.2 en 27.3.

52. Zie Smeehuijzen, a.w. par. 27.8.

53. Zie uitvoerig over deze kwestie Smeehuijzen, a.w. hfts 27.

## 5. Conclusie

Doordat de klachtplicht op alle verbintenissen uit overeenkomst van toepassing is, verliest het contractenrechtelijke verjaringsrecht grotendeels zijn betekenis. Dat lijkt om twee redenen een onwenselijke ontwikkeling. In de eerste plaats is de overvleugeling van het verjaringsrecht door de klachtplicht moeilijk verenigbaar met de wil van de wetgever. In de tweede plaats zijn de rechtsonzekerheidslasten van de klachtplicht groot, terwijl de rechtvaardigheidsopbrengsten nogal betrekkelijk schijnen.

In weerwil van zijn oordeel dat “alle verbintenissen” onder art. 6:89 BW vallen zou meen ik de Hoge Raad, in een voorkomend geval, moeten oordelen dat vorderingen tot vergoeding van personenschade wegens schending van een contractuele verplichting (denk aan de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst) niet onder art. 6:89 BW, maar onder art. 3:310 BW vallen.

Wellicht doet de wetgever er goed aan in te grijpen om de verstoorde verhouding tussen art. 6:89 BW en het verjaringsrecht te herstellen. Of dat inderdaad zo is, moet hij mede afhankelijk stellen van de uitkomsten van empirisch onderzoek.